



INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX ET ACCAPAREMENT DES TERRES : LA RECHERCHE D'UN EQUILIBRE*

François COLLART DUTILLEUL,
Professeur à l'Université de Nantes,
Directeur du Programme Lascaux (ERC)¹

Les investissements internationaux, généralement dénommés « investissements directs étrangers » (ou à l'étranger), contribuent grandement à la mondialisation de l'économie. Ils sont devenus nécessaires au développement économique de tous les pays, riches et pauvres. Dans les pays en développement, ils peuvent fournir les moyens d'exploiter les richesses naturelles. Ces investissements prennent la forme de sociétés exploitant les mines, les forêts, les terres agricoles. Mais ils posent des problèmes graves lorsqu'ils conduisent à expulser les populations locales de leurs terres coutumières et lorsqu'ils se réduisent à une captation des ressources naturelles au profit des investisseurs, sans considération suffisante ou même minimale pour l'économie du pays d'accueil. Ils posent aussi des problèmes graves dans les pays développés lorsque, quelques années après leur réalisation avec des aides publiques, l'investisseur étranger décide de délocaliser son entreprise, laissant les salariés « sur le carreau ». Que les investissements fassent problème lorsqu'ils arrivent dans un pays ou lorsqu'ils en repartent, toujours est-il qu'ils donnent lieu à des contestations et à des débats de plus en plus importants.

D'un côté, il est clair que les investissements tant nationaux qu'internationaux peuvent promouvoir le développement de l'agriculture et la mise en valeur de terres inexploitées ou sous-exploitées, donner du travail aux nationaux, créer de la richesse au profit du pays d'accueil.

Mais d'un autre côté, spécialement dans les pays en développement, on parle des investissements internationaux comme causes « d'accaparement » des terres et des ressources naturelles, au détriment de la sécurité alimentaire, de l'emploi, de l'environnement du pays d'accueil. L'investissement peut en effet conduire à expulser les populations locales, à les priver de leurs terres et donc de la possibilité d'y vivre et d'en vivre. Dans ce cas, il aggrave la

* Cet article a été publié dans *Penser une démocratie alimentaire*, sous la direction de François Collart Dutilleul et Thomas Bréger, éd. Inida, Costa Rica, Volume I, 2013.

¹ Le programme Lascaux est un programme européen entant dans le cadre du 7e PCRD - Programme spécifique "IDEES" – ERC (Conseil Européen de la Recherche) – *Grant agreement for Advanced Investigator Grant* (Sciences sociales, 2008). Il porte sur le nouveau droit agroalimentaire européen, examiné à l'aune des problématiques de la sécurité alimentaire, du développement durable et du commerce international. Il est dirigé par François Collart Dutilleul, professeur à l'Université de Nantes et membre de l'Institut universitaire de France (pour plus d'informations, consulter le site de Lascaux : <http://www.droit-aliments-terre.eu/>).

Les recherches menant aux présents résultats ont bénéficié d'un soutien financier du Centre européen de la recherche au titre du septième programme-cadre de la Communauté européenne (7e PC / 2007-2013) en vertu de la convention de subvention CER n° 230400.



pauvreté. L'accaparement des terres peut aussi être caractérisé par un manque de transparence des conditions dans lesquelles l'investissement est réalisé, par la transformation de petits paysans en ouvriers agricoles exploités, par la production industrielle et intensive d'une monoculture destinée à l'exportation et qui ne bénéficiera donc pas au pays d'accueil, par la mise en œuvre de moyens de production sans attention aux effets dommageables à l'environnement.

L'expression d'« accaparement des terres » (en anglais *land grabbing*) s'est surtout répandue suite au rapport de l'ONG GRAIN « Main basse sur les terres agricoles »², publié en octobre 2008. Cette expression est née avec le constat d'une augmentation très significative du nombre d'investissements internationaux déséquilibrés dans l'agriculture, en particulier en Afrique. Ces investissements se réalisent soit directement (IDE : investissements directs étrangers), à partir de contrats d'acquisition ou de location de grandes étendues de terres, soit indirectement par l'intermédiaire d'entreprises du pays d'accueil, filialisées par l'investisseur étranger³.

Les estimations les plus récentes font état d'investissements internationaux dans l'agriculture des pays en développement à hauteur de 83 millions d'hectares de terres (entre 2000 et 2010), dont 70 % en Afrique⁴.

Selon le *Oakland Institute*⁵, cette ruée vers les terres s'explique par la combinaison de trois crises :

- Une crise financière : les fonds d'investissement et les banques d'affaires ont dû trouver de nouveaux placements après l'explosion de la bulle immobilière et les crises mondiales qui l'ont suivie.
- Une crise pétrolière : compte tenu des prix élevés et volatils et des incertitudes sur les marchés pétroliers, de nombreux gouvernements et entreprises ont fait la promotion des agro-carburants, qui consomment de grandes surfaces de terres.
- Une crise alimentaire : les pays importateurs de denrées alimentaires ont compris l'importance de sécuriser leurs approvisionnements alimentaires et préfèrent exploiter eux-mêmes hors de leur territoire plutôt que de dépendre du commerce mondial.

Mais on peut sans peine y ajouter l'extraordinaire potentiel de profits et de retour sur investissement que l'investisseur peut réaliser dans l'agriculture d'un pays en développement et qui le motive essentiellement.

² [Main basse sur les terres agricoles en pleine crise alimentaire et financière, GRAIN, Octobre 2008.](#)

³ V° *Accaparement des terres* (L. DELCOURT), in *Dictionnaire juridique de la sécurité alimentaire dans le monde*, sous la direction de F. COLLART DUTILLEUL et J.-P. Bugnicourt, éd. Larcier, 2013.

⁴ Source : Rapport introductif de Frédéric MOUSSEAU, Policy Director du Oakland Institute, à l'occasion des séminaires Lascaux « Et si la faim justifiait les moyens... du Droit » des 12 et 13 novembre 2012.

⁵ L'*Oakland Institute* contribue aux travaux du programme Lascaux comme organisation de référence sur la question des investissements dans l'agriculture des pays en développement. C'est un *think tank* indépendant basé à Oakland, États-Unis d'Amérique. L'une de ses principales missions est d'enquêter sur les opérations foncières et d'améliorer la transparence des termes de la négociation, des conséquences théoriques et concrètes des investissements dans la terre, et leur impact sur le développement de plusieurs pays d'Afrique. <http://www.oaklandinstitute.org>



La terre - tout comme l'eau - est le premier moyen de production pour les agriculteurs qui, génération après génération, nourrissent les populations du monde. Ce moyen de production est en même temps le seul moyen de vivre et de faire vivre leur famille pour des centaines de millions de petits paysans sur tous les continents. Il y a, derrière les investissements internationaux, des enjeux lourds en termes de droits de l'Homme. Les paysans locaux ont besoin d'accéder à leur terre qui est pour eux un bien vital. Ainsi que le rappelle Olivier de Schutter, Rapporteur spécial des Nations Unies sur le droit à l'alimentation, « l'accès à la terre et à la sécurité d'exploitation sont indispensables pour pouvoir jouir du droit à l'alimentation »⁶.

D'où la question : peut-on organiser juridiquement les investissements internationaux (IDE) de telle manière qu'ils respectent le droit à la terre et donc le droit à l'alimentation des paysans, qu'ils contribuent effectivement au développement du pays d'accueil, à la sécurité alimentaire de ce pays et à la réduction de la pauvreté, qu'ils ne se limitent pas à une captation des richesses de la terre et des moyens de subsistance des populations locales ?

Sous l'angle du droit, les investissements internationaux et l'accaparement des terres qui peuvent en résulter font principalement appel au droit national des pays dans lesquels l'investissement est réalisé (droit des investissements, droit de l'agriculture, droit foncier, droit de l'environnement...) et à des traités bilatéraux dédiés à ces investissements (l'ONU en décompte actuellement plus de 3000). C'est dire que les questions posées, si elles justifient des commentaires et des appréciations générales, supposent des analyses spécifiques à chaque pays. L'indice « *Doing business* » que publie la Banque mondiale pour évaluer les opportunités d'investissements pour chaque pays en rend d'ailleurs bien compte⁷.

Plusieurs textes internationaux rappellent en effet la souveraineté des États sur leur territoire et sur leurs ressources naturelles, notamment la Résolution 1803 de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 14 décembre 1962, et la Charte des droits et devoirs économiques des États (Résolution 3281 de l'AG du 12 décembre 1974). Chaque investissement – et par conséquent chaque accaparement de terres – se réalise en conformité avec le droit du pays d'accueil et avec l'accord au moins formel des autorités de ce pays.

Mais derrière la spécificité des situations propres à chaque pays, il y a des constantes qui méritent d'être mises conjointement en lumière, tant du côté du droit foncier que du côté du droit des investissements.

1) L'attribution aux communautés coutumières de droits collectifs sur leur terre

En droit, la question foncière est principalement liée au type de propriété applicable à la terre. On peut trouver des propriétés individuelles ou collectives, celles-ci pouvant aller jusqu'à constituer ce qu'on appelle des biens publics ou des biens communs⁸. Certains pays

⁶ « Accès à la terre et droit à l'alimentation », Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation présenté à la 65^{ème} session de l'Assemblée générale des Nations Unies [A/65/281], 21 octobre 2010.

⁷ <http://francais.doingbusiness.org/custom-query>

⁸ « Le bien commun renvoie (...) à un ensemble de choses, de bienfaits, de ressources matérielles ou immatérielles dont la jouissance doit être commune » : V^o Biens communs (M. CORNU), in *Dictionnaire juridique de la sécurité alimentaire dans le monde*, précité.



appliquent un principe de domanialité publique selon lequel toutes les terres non titrées ou immatriculées, et qui n'ont donc pas un propriétaire officiellement reconnu, sont présumées appartenir à l'Etat⁹. Beaucoup de pays font coexister le droit coutumier et le droit dit « moderne ». Le droit moderne est un droit de cadastre et de titres de propriété privée ou publique répertoriés, reconnus officiellement et opposables à tous. Le droit coutumier¹⁰ vient des pratiques, des règles et des traditions ancestrales d'une communauté installée de tout temps sur une portion de territoire. Au regard du droit moderne normalisé et formalisé, l'occupation coutumière d'une terre par une communauté (un village, par exemple) est sans réelle valeur juridique dans un contexte de domanialité publique.

Cette diversité des régimes juridiques nourrit une opposition théorique et idéologique entre propriété individuelle et bien commun. Cette opposition se manifeste clairement entre la thèse que Garrett Hardin a défendue dans « *The tragedy of the Commons* »¹¹ et celle développée par Elinor Ostrom¹². Selon Garrett Hardin la propriété privée est mieux à même de préserver les ressources naturelles, dans la mesure où la rationalité économique pousse les utilisateurs concurrents à surexploiter le bien commun, tandis que le propriétaire privé a intérêt à le préserver. De son côté Elinor Ostrom estime qu'il est possible de gérer des biens communs de manière optimale grâce à des « arrangements institutionnels » qui constituent des modes de gouvernance organisés soit en faisant appel à des régimes de propriété collective (par ex. la gestion des parties communes dans une copropriété), soit sans faire appel à la propriété, ni privée ni publique, et qui sont spécifiques à chaque situation et à chaque bien (par ex. les communaux¹³).

⁹ V° *Biens communs*, préc. ; V° *Titrement* (L. DEJOIE, D. NOURISSAT et J.-P. BUGNICOURT), in *Dictionnaire préc.*

¹⁰ V° *Droit coutumier* (G. OTIS), in *Dictionnaire préc.*

¹¹ Garrett HARDIN, *The tragedy of the Commons*, Science, New Series, Vol. 162, No. 3859 (Dec. 13, 1968), pp. 1243-1248.

¹² OSTROM, Elinor, *La gouvernance des biens communs : Pour une nouvelle approche des ressources naturelles* ; Ed. De Boeck, 2010

¹³ V° *Communaux* (P. LEGAL), in *Dictionnaire juridique de la sécurité alimentaire dans le monde*, préc.



L'exemple de la loi sur l'eau au Québec

Un exemple de ce type de gouvernance est d'ailleurs donné par la loi dont le Québec s'est doté en 2009, « *affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection* »¹⁴. Cette loi énonce que, l'eau étant un bien vital, les ressources en eau - de surface ou souterraine - « *font partie du patrimoine commun de la nation québécoise* » tant qu'elles sont dans leur état naturel. Cette loi exclut toute forme d'appropriation de ces ressources, tant publique que privée, et pose des principes qui constituent un guide de bonne gouvernance : principe utilisateur/payeur, principe de prévention, principe de réparation, principe de transparence, principe de participation. Ce dernier principe conduit à associer les utilisateurs à la prise des décisions. La loi québécoise, sans constituer un modèle, fait de l'eau un bien exceptionnel, excluant d'en faire une marchandise ordinaire même si elle est l'objet d'un marché et décidant d'en faire un bien dont la gouvernance est liée à l'exercice de la démocratie.

Il ne s'agit pas ici de trancher entre les mérites respectifs de la propriété et des biens communs. L'Histoire enseigne que le phénomène des enclosures¹⁵, qui a transformé d'immenses surfaces communes en propriétés privées dans l'Angleterre du 13^{ème} au 17^{ème} siècle a provoqué des catastrophes humaines et sociales pour les paysans expulsés puis exploités par les premières industries textiles¹⁶. Il fallait de la terre pour élever les moutons dont on tissait ensuite la laine. Ces catastrophes humaines et sociales ont accompagné la naissance du capitalisme, de l'industrie, le développement économique et la production de richesses non socialement redistribuées.

L'opposition entre propriété et bien commun se prolonge d'ailleurs, au sein des régimes de propriété du droit moderne, entre la reconnaissance de droits individuels et celle de droits collectifs. On en trouve un exemple dans le traité¹⁷ signé entre la province de Colombie britannique, l'Etat du Canada et la nation Nisga'a. Par ce traité, la propriété du territoire de la vallée du Nass est restituée collectivement à la nation Nisga'a qui répartit les terres entre les villages, les citoyens Nisga'a bénéficiant personnellement d'un « droit de village ». Le traité reconnaît ainsi un droit collectif historique de la nation Nisga'a, fondé sur une occupation collective et coutumière ancestrale, antérieure à l'arrivée des colonisateurs européens. Cette restitution s'accompagne d'un transfert à la nation Nisga'a de la maîtrise des investissements réalisés sur leur territoire.

¹⁴ Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau (ChapiteC6.2), adoptée par l'Assemblée nationale du Québec, le 11 juin 2009.

¹⁵ V° *Enclosures* (D. GAURIER), in *Dictionnaire juridique de la sécurité alimentaire dans le monde*, préc.

¹⁶ F. COLLART DUTILLEUL, « Les enjeux alimentaires du commerce des ressources naturelles », in *Les ressources*, Études réunies par I. NEGRUTIU et alii, Publications universitaires de Saint-Étienne, coll. Les colloques de l'Institut universitaire de France, 2011, p. 63 à 80.

¹⁷ Voir le texte du traité : <http://www.nnkn.ca/files/u28/nis-eng.pdf>



Traité de restitution des terres à la nation Nisga'a

Ce traité est entré en vigueur le 11 mai 2000¹⁸, remplaçant, mais seulement pour cette nation, la « loi fédérale sur les indiens ». Le traité organise la restitution de près de 2000 km² de terres (à l'exclusion des terres submergées) que le peuple Nisga'a occupait avant l'arrivée des colons européens. La restitution a lieu en propriété en « fief simple » selon la terminologie du droit anglais, ce qui correspond à la propriété la plus complète, cessible et transmissible.

Cette restitution respecte toutefois les investisseurs présents sur le territoire concerné et dont la liste précise est annexée au traité. Ces investisseurs sont des entreprises qui, au moment du traité, exploitaient des ressources naturelles conformément au droit provincial et fédéral. Leurs « intérêts » sont sauvegardés par accord avec les Nisga'a, sous différentes formes selon les cas : titre, permis d'exploiter, « *claim* », concession, certificats de possession... Mais les accords passés sont renégociés avec les Nisga'a qui bénéficient désormais des contreparties (loyers, redevances...).

La restitution ne porte pas sur les ressources en eau qui viennent essentiellement de la rivière Nass. Mais le traité garantit une réserve d'eau à hauteur de 300 000 décimètres cubes par an pour assurer l'ensemble des besoins domestiques, industriels et agricoles de la population. En revanche, la restitution a lieu en propriété sur toutes les ressources du sol et du sous-sol ainsi que les produits de la forêt (bois, champignons), les produits de la pêche et les animaux sauvages. Le traité encadre ainsi « les droits au poisson » qui appartiennent ainsi à la nation Nisga'a qui ne peut pas les céder. Il prévoit des sortes de quotas, établis par un accord entre les Nisga'a et la Colombie britannique, spécialement pour la pêche et le commerce du saumon et de la truite arc-en-ciel dans la rivière Nass, les autres espèces ne pouvant être pêchées qu'à des fins domestiques, c'est-à-dire alimentaires, sociales et rituelles. Le traité prévoit également des « droits aux animaux sauvages » tels que l'orignal, l'ours grizzli ou la chèvre de montagne, de même que le droit de « récolter » les oiseaux migrateurs. Ces droits sont encadrés et incessibles.

Par ailleurs, le traité organise les conditions et modalités précises d'un accès public au territoire Nisga'a ainsi que du droit de passage sur les routes. Il en résulte que la nation Nisga'a retrouve la maîtrise des investissements dans les ressources naturelles de son territoire, en particulier avec un régime juridique et politique partagé relatif à l'évaluation et à la protection environnementale liée à ces investissements.

Le traité reconnaît l'existence et les pouvoirs du Gouvernement Nisga'a Lisims (gouvernement de la nation Nisga'a) et des gouvernements des villages, dont un pouvoir principal pour ce qui concerne la citoyenneté, la culture, la langue, les Terres et les biens Nisga'a. Au regard de la terre, on retrouve bien là, à grande échelle, l'idée de la gouvernance d'un bien collectif telle que l'a développée Elinor Ostrom.

¹⁸ Sur la nation Nisga'a : <http://www.nisgaanation.ca/> La nation comprend environ 6000 personnes dont une moitié vit dans 4 villages de la vallée de la Nass et les autres principalement dans trois grandes villes du Canada, en dehors du territoire Nisga'a.



Le traité conclu au profit de la nation Nisga'a constitue l'un des modèles possibles pour la reconnaissance des droits collectifs des peuples autochtones ou indigènes sur leurs terres ancestrales.

Il constitue un chemin juridique vertueux notamment pour la sécurité alimentaire des populations locales : besoins collectifs fondamentaux - biens collectifs fondamentaux – droits collectifs fondamentaux. C'est ce chemin que commencent à suivre les Cours régionales des droits de l'Homme¹⁹, et au premier chef la Cour interaméricaine²⁰.

Mais on est loin du compte s'agissant de la sécurisation de l'occupation foncière tant des peuples autochtones ou indigènes que des paysans pauvres ici et là dans le monde. Que ce soit sur le continent américain, en Afrique, en Asie ou au Moyen-Orient, les exemples d'expulsion des paysans ou des populations rurales locales au profit de grands investisseurs ne manquent pas.

En Afrique en particulier, où la grande majorité des investissements fonciers internationaux ont lieu, on constate un imbroglio de domanialité publique, de propriété publique décentralisée, de propriété privée, de possession coutumière et de zones au statut flou et incertain qui fragilise la situation des paysans sur une terre sur laquelle ils n'ont pas de titre sécurisé officiellement reconnu. En l'absence d'un titre officiel, en effet, le principe de domanialité publique laisse à l'Etat le pouvoir d'attribuer la terre à qui il veut et en particulier aux investisseurs.

L'Histoire récente de Madagascar témoigne de cette fragilité et constitue un contre-exemple du chemin vertueux emprunté par les Nisga'a. Jusqu'en 2005-2006, plusieurs systèmes de propriété de la terre coexistaient à Madagascar : une propriété publique relevant d'un système général de domanialité publique, un mode de propriété individuelle immatriculée de type droit moderne et un mode d'occupation collective de type de droit coutumier. Mais s'y ajoutaient des terres non occupées de manière permanente ainsi que des terres appropriées par les colons mais dont le statut était devenu incertain après leur départ de l'île.

En 2005, une loi-cadre du 17 octobre a tenté de clarifier et de simplifier les différentes catégories de propriété publique, privée et de terres non appropriées. Mais demeuraient au moins trois catégories potentiellement conflictuelles : celle des terres qui appartenaient aux colons, celle des terres coutumières, relevant de la propriété privée mais non titrée, et celle des « terres incluses dans des aires soumises à des régimes juridiques spécifiques » parmi lesquelles les « zones réservées pour des projets d'investissement ». Pour une part, les problèmes venaient de ce que ces catégories ne correspondaient pas à des zones géographiques délimitées et identifiées.

¹⁹ V. not. G. OTIS et A. LAURENT, « Un exemple de dialogue transjudiciaire dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'Homme : la question foncière autochtone », http://www.institut-gouvernance.org/docs/un_exemple_de_dialogue_transjudiciaire.pdf

²⁰ V. G. OTIS, « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : Leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. XXXIX, n° 1-2, 2009, p. 99.



En 2006, une loi du 24 novembre a fixé les nouvelles règles pour l'une de ces trois catégories, celle des propriétés coutumières (pour lesquelles personne n'a de titre « moderne » de propriété). En réalité, cette loi tendait à supprimer le système du droit coutumier et à faire basculer l'ensemble vers un droit « moderne » en délivrant aux « occupants » des certificats fonciers correspondant à des titres simplifiés de propriété. Mais elle l'a fait sans donner réellement aux communautés existantes, qui exploitaient les terres, les moyens de s'en faire déclarer propriétaires. La loi n'a été que très partiellement mise en œuvre et il en est résulté une situation encore plus confuse, une faible partie seulement de ces terres faisant l'objet d'un « certificat foncier » privé et parfois au profit d'une personne s'appropriant la terre occupée par une communauté. Cette loi a également créé un bureau spécial (*Economic Development Board of Madagascar*), directement rattaché à la Présidence de la République et chargé de gérer les demandes d'accès au foncier émanant des investisseurs, notamment étrangers.

Une loi du 14 janvier 2008 a ensuite libéralisé complètement la possibilité pour les étrangers d'investir dans la terre malgache (alors que ces investissements étaient interdits avant 2003, puis avaient été permis en 2003 mais de manière limitée, ce qui avait déjà provoqué une protestation populaire).

Dans le courant de l'année 2008, le gouvernement a négocié un contrat avec une grande entreprise coréenne, permettant à celle-ci de prendre la main pour 99 ans sur plus d'un million d'hectares (1 300 000). Ce projet de contrat, qui portait en réalité sur des terres relevant de catégories diverses et qui conduisait à l'expulsion de communautés de paysans, a provoqué fin 2008 et début 2009 des troubles politiques et des révoltes populaires qui ont conduit au départ du Président de la République et à l'arrivée d'un nouveau pouvoir à Madagascar. Mais l'insécurité foncière demeure depuis lors, de même que l'insécurité politique de l'île.

Dès lors, par quels moyens juridiques pourrait-on ouvrir un chemin vertueux vers le respect de la situation des paysans sur leur terre et vers la sécurité alimentaire ? Il va de soi que la sécurisation foncière de ceux qui occupent de tout temps la terre et qui en vivent est une voie nécessaire. Aucune réforme foncière ne sera satisfaisante si elle méconnaît cet objectif.

Il y a en réalité trois catégories de populations particulièrement fragiles :

- les peuples autochtones ou indigènes qui ont perdu la maîtrise de leurs territoires au profit des Etats modernes qui les ont peu à peu investis ;
- les paysans des pays en développement qui ne bénéficient d'aucune sécurité foncière sur la terre sur laquelle ils vivent de génération en génération et dont ils tirent leurs moyens de subsistance ;
- les femmes agricultrices qui, dans bien des pays, particulièrement en Afrique, cultivent la terre qui n'appartient qu'aux hommes.

Mais chaque pays est différent et il n'y a pas de loi modèle unique à laquelle faire référence, fut-elle éprouvée comme l'est celle du droit dit moderne dans les pays développés.



Toutefois dans les pays où coexistent une occupation de la terre coutumière plutôt communautaire et des titres fonciers modernes plutôt individualistes, toute solution passe, sous une forme ou sous une autre, par la reconnaissance officielle de titres collectifs de propriété qui respectent les communautés.

La propriété collective est le meilleur moyen d'éviter la discrimination entre hommes et femmes au regard de l'appropriation de la terre puisque, par hypothèse, celle-ci appartient alors à toutes et tous. C'est aussi le meilleur moyen d'apporter une sécurité foncière à des communautés organisées qui tirent leurs moyens de subsistance d'un territoire commun. Cela n'exclut pas une répartition interne des terres, comme cela se fait par les « droits de village » chez les Nisga'a. Mais il s'agit de la répartition interne d'un ensemble dont la propriété collective est opposable aux tiers, qu'il s'agisse de l'Etat ou des investisseurs.

Certains pays en développement commencent à être sensibilisés à la situation des communautés et des populations locales. Mais les systèmes fonciers fondés sur des titres collectifs demeurent exceptionnels alors que de tels titres sont des conditions *sine qua non* de sécurisation foncière de la plupart des paysans pauvres dans le monde. A défaut de cette reconnaissance officielle de titres collectifs, le droit coutumier reste un droit par nature fragile. Sa fragilité vient aussi de ce qu'il est souvent mal connu par les populations elles-mêmes et plutôt variable (le contenu de ce droit peut varier d'un village à l'autre et largement dépendre de l'arbitraire du chef de communauté). Au surplus, spécialement en Afrique, le droit foncier est discriminant lorsqu'il réserve la propriété de la terre aux hommes alors que l'agriculture est souvent pratiquée par les femmes.

Cette fragilité, liée à la fois au flou du droit coutumier et à la difficulté d'accéder à la terre par les voies du droit moderne, permet aux investisseurs, par l'intermédiaire d'un droit des investissements très favorable (droit national et traités bilatéraux), de mettre la main sur les zones fertiles du territoire au détriment des populations locales.

2) Les conditions juridiques d'investissements internationaux responsables et profitables au pays d'accueil

Le droit des investissements comporte généralement peu d'engagements ou d'obligations susceptibles de limiter la liberté d'entreprendre des investisseurs. Lorsqu'ils sont étrangers, ces derniers ont le plus souvent le droit de rapatrier leurs bénéfices dans leur pays et ils ne peuvent être expropriés si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une indemnisation que le pays hôte, souvent un pays en développement, est rarement en mesure de verser.

Au Mali, par exemple, le gouvernement a mis en œuvre en août 2012²¹, en pleine période d'insécurité et d'instabilité politique, un code des investissements donnant carte blanche aux investisseurs. Les grands investisseurs peuvent en effet bénéficier d'exonérations fiscales jusqu'à 30 ans. Ils ne bénéficient de ces exonérations que s'ils exportent l'essentiel de leur production (au moins 80 %). Ils sont également autorisés à exporter librement leurs

²¹ Décret n° 2012-475 du 20 août 2012 mettant en œuvre la loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements.



bénéfices. En cas de crise alimentaire, le pays devra donc malgré tout laisser sortir du territoire les matières premières agricoles alimentaires produites par l'investisseur étranger, tout en laissant sortir également les bénéfices réalisés et ce, sans même recevoir la moindre compensation fiscale. Si les investissements sont réalisés sur des terres occupées, utilisées ou utilisables par les populations locales, les conséquences les plus négatives pour le pays d'accueil comme pour les paysans les plus pauvres sont inévitablement à craindre.

La convention Malibya au Mali

La convention d'investissement agricole dite « *convention MALIBYA* »²² conclue entre la République du Mali et La Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste en mai 2008 est formellement présentée comme étant un projet d'investissement agricole permettant la réalisation de l'autosuffisance et la sécurité alimentaire, le développement de l'agro-industrie, et le développement de l'élevage au Mali. Elle porte sur une superficie totale de 100.000 ha pour une durée de 50 ans renouvelable.

En premier lieu, cette convention engage l'État du Mali à offrir la terre libre de toutes entraves judiciaires tenant à l'existence d'une propriété individuelle ou collective qui empêcherait son exploitation. Il s'engage également à accomplir toutes les démarches administratives d'approbation provisoire de l'octroi du terrain dans le délai bref d'un mois à compter du dépôt de la demande de la terre par la partie Libyenne. Il s'engage bien sûr aussi à octroyer définitivement le terrain selon les résultats des études de faisabilité technique et économique.

En second lieu, l'État du Mali garantit à la Société Malibya l'accès à la quantité d'eau nécessaire et sans restriction pour son projet, pendant la période du mois de juin à décembre de chaque année. Entre janvier et mai, en raison de l'étiage du fleuve Niger, les activités de production de la société Malybia concerneront des cultures moins consommatrices d'eau telles que le blé, le mil, le maïs, le soja ainsi que différentes sortes de légumes et l'État du Mali s'engage alors à assurer la quantité d'eau nécessaire pour lesdites cultures à partir du même canal de Macina. L'investisseur Libyen obtient ainsi de l'État du Mali un usage sans restriction de l'eau pendant toute l'année, en particulier pendant la période comprise entre janvier et mai. Une telle condition lourde de conséquences, spécialement pour la période de janvier à mai qui est la période d'étiage du fleuve Niger qui arrose la quasi-totalité de la zone Office du Niger²³ qui fournit l'essentiel de la production agricole du Mali et où se situent les superficies octroyées à la société Libyenne. En cas d'étiage sévère, une partie seulement des espaces agricoles aménagés pourra être servie en eau. Or, conformément au contrat, ce sont les espaces agricoles exploités par la société Libyenne qui seront prioritairement servis. Dans ce cas, de nombreux paysans ne pourraient pas se nourrir et de nombreux consommateurs souffriraient de la rareté des denrées sur le marché national.

En troisième lieu, l'État du Mali s'engage à accorder à la Société Malibya la réalisation des

²² COLLART DUTILLEUL, F., DIABATE, A. (2013) « La sécurité alimentaire et le droit à l'alimentation à l'épreuve des investissements internationaux en Afrique de l'Ouest : les risques d'une désillusion », HAL (accessible en ligne).

²³ Sur l'Office du Niger, voir : <http://www.office-du-niger.org.ml>



voies de passage (routes, rail) qui seront nécessaires pour l'accès au site du projet, à l'installation des systèmes de pompage d'eau, des réseaux électriques et des tuyaux d'approvisionnement en eau, à l'installation de canaux ou de tout élément nécessaire pour un meilleur fonctionnement du projet, conformément aux études de mise en valeur.

En outre, l'État du Mali garantit contractuellement à la Société Malibya agricole le bénéfice des avantages prévus par le code des investissements en vigueur en 2008 ainsi que le bénéfice de tous autres avantages prévus par des conventions bilatérales existantes entre le Mali et la Lybie.

Au regard des avantages importants qu'a consentis l'État du Mali au profit de l'investisseur Libyen, avec leur lot de conséquences pour les paysans et les consommateurs nationaux, on serait en droit d'attendre que l'investisseur libyen fournisse une contrepartie substantielle.

Or, tout d'abord, la convention MALIBYA précise explicitement que « *les deux parties sont convenues de la gratuité de la terre affectée pour la réalisation au projet* ». La convention prévoit seulement une redevance en eau d'un montant très limité : 2470 francs CFA/ha (soit moins de 4€/ha) pour l'irrigation annuelle par aspersion et 67000 francs CFA/ha (soit environ 102€/ha) pour l'irrigation annuelle par gravité. La convention ajoute toutefois que ces taux pourront être révisés annuellement, mais seulement par voie de négociation entre les deux pays.

Par ailleurs, aucune clause ne contraint l'investisseur à employer une main d'œuvre locale, ni à cultiver des plantes alimentaires ni à réserver au moins une partie de la production au marché national. À l'évidence, une telle convention est déséquilibrée au point même d'en devenir léonine.

Cette convention d'investissement agricole ne prévoit pas davantage de mesures permettant la réalisation de la sécurité alimentaire des populations locales ?

Bien que le projet d'investissement agricole MALIBYA soit présenté comme étant un projet contribuant à l'autosuffisance et à la sécurité alimentaire du Mali, au développement de l'agro-industrie et au développement de l'élevage, force est de constater que cela restera au stade du vœu pieux. Une telle affirmation est d'autant plus permise qu'aucune disposition de la convention MALIBYA ne prévoit ni ne contraint l'investisseur libyen à écouler une partie de sa production sur le marché malien. L'insertion d'une pareille disposition dans la convention aurait au moins permis de contraindre l'investisseur à contribuer à l'approvisionnement du marché malien et subséquemment à contribuer à la réalisation de la sécurité alimentaire des populations locales. Mais on ne trouve rien dans le contrat allant dans cette direction.

Peut-on alors organiser juridiquement ces investissements, spécialement au profit d'étrangers, de telle manière qu'ils contribuent effectivement au développement du pays d'accueil, à la sécurité alimentaire de ce pays, sans les réduire à une captation de la terre productive au détriment des communautés de paysans ou des populations autochtones ?

La question met en réalité en lumière les deux faiblesses les plus communes des droits nationaux des investissements : celle qui résulte de la méconnaissance du droit d'accès à la



terre et du droit à l'alimentation des communautés locales, et celle qui vient des prérogatives exorbitantes que les droits nationaux des investissements donnent aux investisseurs au détriment des intérêts du pays d'accueil.

Sur le premier point, les investissements dans la terre agricole sont réalisés par des contrats qui sont le plus souvent conclus au mépris des peuples qui vivent sur et de la terre, et qui laissent le plus souvent aux investisseurs une trop grande liberté d'investissement, de production et de gestion de l'exploitation. Certains pays organisent la consultation de la population avant la décision de réalisation d'un investissement direct étranger. Tel est par exemple le cas au Pérou depuis une loi du 23 août 2011²⁴ qui concerne tout projet affectant directement les droits collectifs des peuples indigènes ou originaires. Mais cette loi prévoit seulement la consultation préalable et la recherche d'un accord. En cas de désaccord, la décision appartient à l'Etat. Il en irait forcément différemment si les communautés locales avaient des titres collectifs de propriété reconnus officiellement. Dans ce cas, en effet, il ne suffirait pas de les consulter et la décision d'autoriser l'investissement leur appartiendrait. Ils auraient alors le pouvoir de les subordonner à des conditions qui garantiraient le respect de leurs intérêts. Ainsi, la condition première d'un contrat d'investissement visant à l'exploitation de la terre ou du sous-sol devrait être, par l'effet d'un droit foncier adapté, le consentement collectif de la population qui vit sur et de la terre.

Sur le second point, l'OMC avance une justification à la conclusion de contrats déséquilibrés, tirée de la crainte d'un *hold up*. Dans son rapport annuel pour 2010²⁵, l'Organisation évoque la crainte qu'à l'investisseur étranger que l'État d'accueil n'acquière un pouvoir de négociation excessif une fois que les investissements auront été réalisés²⁶. Cela justifierait donc la surexploitation des ressources au plus vite et les montants faibles versés à l'État d'accueil dans les premiers temps du contrat. Mais l'argumentation, pour le moins cynique, ne peut qu'aggraver le discrédit qui frappe la mondialisation aux yeux de ceux qui la contestent. Surtout, au vu du déséquilibre lourd de certains contrats, on peut se demander si le *hold up* n'est pas dans l'autre sens.

En réalité, il est nécessaire d'intégrer dans l'analyse des investissements internationaux deux facteurs complémentaires. Le premier vient du droit de l'OMC qui interdit au pays d'accueil d'adopter des mesures bridant la libre circulation des marchandises en limitant les importations ou les exportations. En cas de crise alimentaire, par exemple, le pays d'accueil de l'investissement ne peut pas décider d'une politique publique visant à orienter la production de l'investisseur vers le marché national plutôt que vers les marchés d'exportation²⁷. La seule issue dont dispose le pays d'accueil est de remettre complètement en cause le contrat par une expropriation de l'investisseur.

²⁴ http://servindi.org/pdf/Peru_LeyConsulta_aprobada.pdf. Voir María BELÉN GALLARDO RIVAS, « Droits des peuples : La nouvelle loi sur la consultation préalable des peuples indigènes au Pérou » [PDF] (version espagnole) in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 21 juin 2012.

²⁵ http://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/anrep_f/world_trade_report10_f.pdf (page 194).

²⁶ V. not. le rapport cit. note précédente, p. 192.

²⁷ V. F. Collart Dutilleul, « Les voies d'amélioration de la sécurité alimentaire dans un contexte de mondialisation du commerce », Proposition Lascaux, in *Penser la démocratie alimentaire*, précité.



Mais dans ce cas, le litige se porte sur la fixation d'une indemnité correspondant à l'atteinte ainsi portée à la propriété de l'activité. Or le CIRDI²⁸, instance d'arbitrage de l'ONU chargée du règlement de ce type de litiges, estime cette indemnisation en fonction de l'ensemble des investissements réalisés, valeur de la terre comprise, indépendamment de ce que son acquisition a réellement coûté, de l'amortissement des investissements et des profits d'ores et déjà réalisés. Ce mode d'évaluation a bien évidemment un effet dissuasif sur les États d'accueil.

La résiliation du contrat d'investissement reste donc une solution difficile à mettre en œuvre comme en témoigne la condamnation de l'Argentine pour avoir résilié le contrat de concession conclu avec un investisseur international pour la gestion de l'eau. La résiliation était justifiée par le fait que plusieurs centaines de milliers de personnes n'avaient plus accès à l'eau potable en raison du prix pratiqué. Mais l'Argentine devra verser une indemnité d'expropriation que doit fixer l'instance arbitrale²⁹.

Droit de propriété Vs Droit à l'eau : L'affaire Aguas Argentinas

La société Aguas Argentinas, filiale d'un groupe français leader dans le secteur énergétique, a obtenu du Gouvernement argentin, en 1993, la concession de distribution d'eau potable et de traitement des eaux usées du grand Buenos Aires et de la province de Santa Fé. À la suite de négociations successives, elle a revu ses tarifs d'approvisionnement d'eau à la hausse afin de compenser les conséquences de la dévaluation du *peso*. Cette hausse ayant privé d'eau potable plusieurs centaines de milliers de personnes trop pauvres pour y faire face, le Ministère de l'économie argentin a contesté la décision de l'opérateur et, face à la désapprobation massive que le projet a provoqué dans l'opinion, l'Etat a résilié le contrat en mars 2006 sur le fondement de l'« *estado de necesidad* », la profonde crise économique qu'il a traversée entre 1998 et 2002 justifiant selon lui les mesures prises relativement à sa monnaie nationale.

Aguas Argentinas s'est ainsi trouvée autoritairement dépossédée de toutes les installations et de l'activité économique prévue par le contrat. Le litige a été naturellement porté devant le Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), instance issue de la Convention de Washington (1965) et chargée de trancher les litiges entre un état et un opérateur étranger lié au premier par les stipulations d'un contrat. De manière relativement prévisible, le CIRDI a reconnu en 2010 le caractère injuste et inéquitable du traitement réservé à l'investisseur et a refusé de considérer que ce traitement se justifiait par la force majeure ou l'état de nécessité.

Or, en réalité, le litige s'articulait autour d'une opposition entre deux droits dits fondamentaux. En effet, d'un côté, le droit de propriété de la société Aguas Argentinas a été heurté par la dévaluation du *peso* et la résiliation du contrat. De l'autre, la hausse du prix de l'eau envisagée par le concessionnaire privait de fait 600 000 habitants d'un quartier pauvre et surpeuplé de

²⁸ Le Centre international pour le règlement des litiges relatifs aux investissements (<https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>).

²⁹ V. not. de GOUVELLO, B., « Que reste-t-il de la gestion privée de l'eau en Argentine ? Retour sur l'échec des délégations à des consortiums internationaux », in *L'eau mondialisée, La gouvernance en question*, sous la direction de G. SCHNEIER-MADANES, Paris, éd. La Découverte, 2010, p. 177 (accessible en ligne).



Buenos Aires d'un accès à l'eau potable.

Le fait que le CIRDI ait fait pencher la balance du côté de l'investisseur montre que le droit de propriété et le droit à l'eau ne sont pas traités de façon similaire.

Qu'il s'agisse d'investisseurs nationaux, relevant du droit national des investissements, ou étrangers, relevant à la fois de ce droit national et d'un traité international conclu entre deux pays, le contrat d'investissement, pour ne pas être qualifiable de contrat d'accaparement de terres ou de captation de ressources ou de contrat léonin, devrait satisfaire à des conditions exigeantes.

De telles conditions sont suggérées par les principes ou directives énoncés par diverses organisations internationales et en particulier par la FAO³⁰. À partir de ces directives, il est possible de concevoir un « clausier » comportant les obligations et engagements de l'investisseur qui devraient se retrouver dans tous les contrats d'investissement³¹.

Ce clausier devrait ainsi comporter des obligations relatives :

- à l'association effective, publique et transparente de la population vivant sur la terre concernée à la négociation et à la mise en œuvre du contrat ;
- à la réalisation publique d'un audit environnemental et social préalable ;
- à l'emploi des paysans locaux plutôt que d'une main-d'œuvre importée par l'investisseur ;
- à la production d'un pourcentage significatif de denrées utiles pour l'alimentation de la population locale plutôt que pour la production de biocarburants ou de matières premières à destination non alimentaire (textiles...) ;
- à la commercialisation des denrées alimentaires dans l'État où elles sont produites, plutôt que destinées à l'exportation ;
- à l'utilisation de méthodes d'exploitation qui préservent l'environnement et les ressources naturelles plutôt que de méthodes qui risquent d'épuiser la terre à l'issue d'un contrat dont la durée est très longue ;

³⁰ V. Les Principes pour des investissements agricoles responsables (Principes RAI) élaborés par la FAO, la FIDA, la CNUCED et la Banque mondiale : <http://www.fao.org/economic/est/issues/investissements-etrangers-dans-lagriculture/pour-un-consensus-international-sur-les-principes-rai/fr/> ; voir également les Directives volontaires de la FAO pour une gouvernance responsables des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale, mai 2012 : http://www.fao.org/fileadmin/templates/cfs/Docs1112/VG/VG_Final_FR_May_2012.pdf. V. COLLART DUTILLEUL F., « La problématique juridique des investissements dans les terres agricoles des pays en développement », in La promotion de l'investissement pour la production agricole : aspects de droit privé, Actes du colloque UNIDROIT (Rome, novembre 2011), Uniform Law Review / Revue de droit uniforme, n° 2012/1-2, pp. 73-88).

³¹ V° *Investissements internationaux* (F. COLLART DUTILLEUL), in *Dictionnaire juridique de la sécurité alimentaire dans le monde*, préc.



- à la description précise des investissements réalisés par l'investisseur, avec des garanties financières pour le respect des engagements pris (par exemple, des cautions ou garanties bancaires à première demande) ;
- à des contreparties financières et économiques précises, contractualisées et significatives pour le pays d'accueil ;
- à l'interdiction de céder le contrat ou de sous-louer la terre sans l'accord de l'État souverain et sans la garantie de reprise des engagements par le nouvel exploitant.

Un tel clausier devrait être formellement intégré dans les codes nationaux des investissements et il pourrait servir de « cahier des charges » pour une certification internationale d'investissement responsable ou durable dont la FAO assurerait la mise en œuvre et la gestion.

Finalement, au-delà de la complexité économique, juridique et sociologique de la question des investissements réalisés dans la terre des pays en développement, il apparaît que les paysans pauvres sont pris en tenaille entre un droit foncier qui joue de la différence entre droit coutumier et droit dit moderne et qui ne sécurise pas leur occupation collective de la terre, d'une part, et un droit des investissements qui fait la part belle aux investisseurs, d'autre part. C'est cette tenaille qu'il est impératif de desserrer.